

INSTITUT EURO 92

LES DROITS DE L'HOMME APPROCHES FRANCAISE ET AMERICAINE

.....

par Henri LEPAGE

Délégué Général de l'Institut Euro 92

Partant de sources intellectuelles communes, les déclarations des droits de l'homme américaine et française débouchent sur des conséquences politiques radicalement différentes. Alors que la Constitution des Etats-Unis institue un contrôle de la constitutionnalité des lois exercé par les tribunaux et divorcé de toute interférence législative, les français s'enfoncent au contraire dans le dogme de la toute puissance et de l'infailibilité du législateur. Pourquoi cette divergence ?

(Mai 1997)

LES DROITS DE L'HOMME :
APPROCHES FRANCAISE ET AMERICAINE

Des déclarations américaines de 1776 à la Déclaration des droits de l'homme et du citoyen de 1789, il est clair qu'il existe une étroite filiation. Dans sa déclaration du lundi 27 juillet 1789, l'Archevêque de Bordeaux, rapporteur du comité choisi par l'Assemblée Nationale pour rédiger le projet de Constitution, y fait explicitement référence : *« Cette noble idée, conçue dans un autre hémisphère, devait de préférence se transplanter d'abord parmi nous. Nous avons concouru aux événements qui ont rendu à l'Amérique septentrionale sa liberté, elle nous montre sur quels principes appuyer la conservation de la nôtre ; et c'est le Nouveau Monde, où nous n'avions apporté autrefois que des fers, qui nous apprend aujourd'hui à nous garantir du malheur d'en porter nous-mêmes »*. L'idée même de promulguer un exposé des droits fondamentaux, comme acte préliminaire de la constitution, avait été rendue familière aux esprits de ce temps par le récent exemple de l'Amérique. C'est ainsi que beaucoup de *« cahiers de bailliages »* présentaient déjà, sous cette forme, les principes juridiques qu'ils souhaitaient mettre à la base de la nouvelle organisation politique du pays.

La communauté de sources intellectuelles est elle-même évidente. Tant le texte de 1789 que les proclamations américaines de 1776 ont en commun l'affirmation que les hommes sont *« par nature libres et indépendants »* qu'ils possèdent des droits inaliénables limitant le pouvoir de l'Etat et que le fondement de la légitimité politique ne se trouve, selon ce schème contractualiste, que dans l'accord des individus autour de la nécessité d'un gouvernement chargé de garantir ces droits. Pour les constituants français, comme pour les constituants américains de la décennie précédente, ces droits se présentent comme des *« pouvoirs »* individuels dont le caractère universel et absolu, donc inaliénable, se déduit

purement et simplement d'une analyse logique de la nature individuelle de l'homme. Pour les uns et les autres, ils s'inscrivent dans une conception «*subjectiviste*» des origines du droit, en rupture radicale avec la tradition des juristes médiévaux formés à l'école d'Aristote, de Saint Thomas et du droit naturel «*classique*». On n'y cherche plus les sources du droit dans l'observation directe de la réalité sociale, ou de la nature de la société (dont il est désormais fait table rase) ; mais dans un effort d'introspection intellectuel sur la nature de l'homme qui conduit à la formulation de vérités premières et de principes incontestables découverts grâce à l'exercice de nos facultés rationnelles. Du point de vue de l'histoire de la pensée, ces déclarations ont pour point commun de proclamer l'avènement de ce que l'on appelle «*la Modernité*».

Cependant, il ne suffit pas de proclamer que l'Homme a des droits ; encore faut-il les protéger, en garantir la protection effective. Au-delà du parallélisme apparent qui marque les déclarations, c'est ici que l'expérience française et l'expérience américaine divergent radicalement. Alors que la Constitution des Etats-Unis institue un contrôle de constitutionnalité des lois exercé par les tribunaux et divorcé de toute interférence législative, les français s'enfoncent au contraire dans le dogme de la toute puissance et de l'infaillibilité du législateur. Résultat, moins de deux ans après que l'existence des droits individuels ait été solennellement proclamée, ceux-ci sont allègrement piétinés par le premier gouvernement «*totalitaire*» de l'histoire occidentale (l'épisode de la dictature jacobine sous «*la Terreur*»). Par la suite, l'histoire politique française sera régulièrement ponctuée de révolutions et de coups d'Etat accompagnés de violations de la Constitution ainsi que d'atteintes à la sûreté des individus et à l'indépendance de la Magistrature. Jusque encore récemment, la démocratie française continuera de s'accommoder de procédures et de juridictions d'exception normalement impensables dans une société de droit.

Pourquoi ce qui fut possible aux Etats-Unis ne l'a-t-il pas été en France ? Pour le comprendre il faut remonter aux origines de la démocratie dans les deux pays¹.

¹ Ce texte a été écrit en 1988 comme contribution à un séminaire Liberty Fund organisé à Montréal par Pierre Lemieux. L'histoire de la naissance du constitutionnalisme américain est inspirée du livre maintenant classique de Bernard Bailyn, *The Ideological Origins of the American Revolution*, Belknap Press et Harvard University Press 1967. La partie française est tirée du magnifique ouvrage de Me Jean-Marc Varaut, *Le droit au droit*, PUF 1986. Enfin, la synthèse hayékienne doit beaucoup au très utile livre que Philippe Nemo a publié dans la même collection : *La société de droit selon F.A.Hayek*, PUF 1988, collection Libre Echange.

Comment les colons américains font le chemin inverse de celui que suivront quinze ans plus tard leurs disciples français.

La question de la «*représentation*» est le premier grand problème intellectuel qui divisa l'Angleterre et ses colonies. Elle se manifesta à l'occasion du conflit qui opposa les Américains au gouvernement anglais à propos de ses projets de nouveaux impôts. Politiquement, il s'agissait d'un problème secondaire. Mais le glissement de sens qui se manifesta à cette occasion eut les conséquences les plus importantes.

La caractéristique de l'Amérique coloniale était d'avoir reconstitué sur son territoire une forme de «*représentation*» politique largement pratiquée par les institutions anglaises à l'époque médiévale mais, depuis lors, tombée progressivement en désuétude et remplacée, aux quinzième et seizième siècles, par une autre approche. A l'origine, au Moyen-Age, la présence de «*représentants élus*» au Parlement était une technique dont la finalité était de permettre à des hommes de terrain, intimement liés aux intérêts de la localité dont ils venaient, de se faire les avocats auprès du pouvoir royal siégeant au Parlement des soucis et préoccupations de leurs électeurs. Siéger au Parlement n'était pas une fonction particulièrement recherchée. C'était même considéré plutôt comme une contrainte, imposée à son corps défendant par des autorités locales qui s'efforçaient de lier à leurs intérêts de la façon la plus contraignante possible, ceux qui se trouvaient ainsi désignés. C'est ainsi que ces «*représentants*» étaient nécessairement choisis parmi des gens résidant obligatoirement dans la commune, et y jouissant autant que possible de certaines propriétés. Ils se voyaient donné un mandat impératif fixant de manière détaillée et minutieuse de ce qu'ils pouvaient faire, ce qu'ils pouvaient dire et ce qu'ils pouvaient négocier. En conséquence, ceux qui représentaient les communes du pays dans les Parlements médiévaux n'agissaient pas en tant que «*représentants du peuple*», comme on dirait aujourd'hui, le peuple y étant pris «*en général*» ; mais en tant que porte-paroles des groupes spécifiques qui les avaient mandatés.

Lorsque se forment les colonies d'Amérique, les pratiques parlementaires anglaises ont complètement changé. Au seizième siècle la pratique des mandats impératifs a disparu.

L'habitude s'est prise de considérer les députés non plus comme les représentants directs des intérêts particuliers des paroisses du royaume, mais comme les délégués de l'ensemble des communes du pays. Le Parlement est devenu le symbole de la nation assemblée et ses membres sont désormais censés parler au nom de tout le pays. Ils représentent l'intérêt du royaume. Le Parlement, explique Burke, n'est plus un congrès d'ambassadeurs rivaux s'affrontant pour se partager les faveurs financières de la couronne ; mais une assemblée délibérative poursuivant le bien commun de la nation.

Mais en Amérique les choses se passent différemment. L'évolution se fait en direction opposée. Les institutions, dont se dotent les colons, s'orientent vers un retour aux formes médiévales du mandat de représentation. La cause en est l'environnement particulier dans lequel se trouvent les colonies. Souvent isolées les unes des autres, à l'image des bourgs et villages du Moyen-Age, elles vivent de façon presque totalement autonome. Elles ont plus à perdre qu'à gagner de toute interférence d'un pouvoir central dans leurs affaires, éloignées de l'appareil d'Etat, elles y voient plus un débiteur (à cause des impôts) qu'un bienfaiteur. Et lorsqu'elles recherchent l'intervention des autorités, c'est plutôt pour soutenir des causes particulières, voire privées. De ce fait, les colonies se forment une conscience aiguë de leur particularisme. Elles l'entretiennent. Et une manière pour elles de le défendre est de lier leurs représentants politiques par des mandats autant que possible impératifs. C'est ce qui se passe par exemple dans le Massachussets où, dès les premières années de la colonie, l'habitude se prend d'imposer des consignes de vote obligatoires aux délégués qui représentent les communes au Tribunal général de la colonie.

Si l'on ajoute à cela le fait que les intérêts des colonies sont représentés à Londres par des «agents» (parmi lesquels des membres du Parlement) qu'elles rémunèrent pour leurs services, on comprend mieux la nature du conflit qui éclate lorsque le Parlement britannique vote une loi dont l'effet est d'imposer aux populations d'Amérique le versement de nouveaux impôts. Alors qu'elles y voient une atteinte à leurs libertés traditionnelles, le gouvernement anglais répond en leur faisant remarquer que ce vote est le résultat d'une délibération où elles n'étaient pas moins «représentées» que la plupart du peuple même d'Angleterre. A l'origine des événements qui vont conduire l'Amérique à l'indépendance se trouve ainsi un débat politique sur le contenu de la notion de «représentation» et sur la nature des mandats politiques.

Le résultat de cette polémique fut de remettre au goût du jour, en Amérique, les idées et théories des auteurs «*radicaux*» anglais qui avaient été à la mode un siècle plus tôt à l'époque de la «*Glorieuse Révolution*» mais qui étaient ensuite plus ou moins retombées dans l'oubli après les événements de la Restauration monarchique. Il y avait encore, en Angleterre, une littérature «*radicale*» qui s'exprimait en marge des grands courants de la pensée politique du pays. S'en réclamaient les leaders les plus intransigeants de l'opposition parlementaire qui dénonçaient le pourrissement des mœurs, la concussion ainsi que le glissement du régime vers une nouvelle forme d'«*autoritarisme*» et d'«*absolutisme*» du Parlement. Toutes formes de critiques et d'arguments qui ne pouvaient qu'éveiller un profond écho dans une opinion coloniale elle-même heurtée par l'attitude autoritaire du Parlement et du gouvernement anglais.

C'est ainsi que s'est répandue de l'autre côté de l'Atlantique l'idée que l'expression du consentement de ceux qui sont gouvernés au pouvoir de ceux qui les gouvernent ne devrait pas se limiter aux périodes exceptionnelles où un peuple renverse le gouvernement qui l'opprime dans un dernier effort pour défendre ses droits et ses libertés, ni même aux seuls moments où un gouvernement est pacifiquement renvoyé pour être remplacé par un autre, mais devrait relever d'un processus continu d'assentiment visant à assurer que le gouvernement est bien à tout instant le fidèle reflet des désirs, des souhaits, des préoccupations et des sentiments du peuple. Là où c'est le cas, là où le peuple se trouve directement impliqué, point par point, décision par décision, dans la conduite des affaires par la présence de représentants eux-mêmes intimement liés aux intérêts particuliers de ceux qui leur ont confié leur mandat, le consentement au pouvoir est une réalité autonome. Le gouvernement n'a plus d'existence autonome. Ce n'est plus un «*être à part*», un corps autonome et extérieur.

Il devient «*la chose du peuple*», pour le peuple. Son autorité n'a d'autre origine que le consentement régulièrement renouvelé de ceux qui acceptent ainsi d'être gouvernés. Redigérée par des colons plus habitués aux formes anciennes du mandat «*impératif*» qu'aux subtilités modernes de l'idée de représentation «*nationale*», la pensée des «*radicaux*» accouche d'une conception de la démocratie aux antipodes des conceptions rousseauistes de la «*volonté générale*».

Cependant, plus fondamentalement encore, ce sont les notions mêmes de droit et de loi qui s'en trouvent transformées. Dans l'approche traditionnelle de Blackstone, mais aussi de Hobbes, la loi est un décret qui vient d'une autorité «*supérieure*» et qui contraint le subordonné à obéir. Dans ce sens, la loi n'est que le produit d'une «*volonté*» supérieure émanant d'une personne ou d'un groupe ayant une existence autonome et indépendante et dont l'autorité s'étend sur les sujets de droit. Mais dès lors que l'on se met à penser le phénomène de la «*représentation*», comme une forme de substitution au gouvernement direct du peuple par lui-même, tout change. Emerge alors l'idée, totalement neuve, que le pouvoir contraignant de la loi n'a pas d'autre source que le consentement continu des gouvernés : «*la seule raison, qui peut faire qu'un homme libre et indépendant se doit d'obéir aux lois faites par d'autres hommes, est qu'il y a lui-même consenti*». L'affirmation que l'on ne saurait être lié par aucune autre loi que celles auxquelles on a soi-même consenti directement ou par l'intermédiaire de ses représentants, est un événement révolutionnaire qui, à l'époque, ne pouvait s'autoriser d'aucune racine dans les institutions, ni dans la constitution britannique.

<p>Comment prirent naissance les formes modernes du constitutionnalisme américain.</p>

Autre conséquence une profonde transformation de l'idée que les américains se font de ce qu'est une constitution, de son rôle, de la signification et de la portée des droits pour la protection desquels on s'y réfère.

Dans la tradition politique anglo-saxonne du dix septième siècle, la constitution n'est autre que «cet assemblage de lois, de coutumes, de traditions et d'institutions qui forment la structure générale à partir de laquelle s'organise la distribution des différents pouvoirs d'Etat ainsi que la protection et la sûreté des droits respectifs des membres de la communauté. C'est en Amérique, aux alentours des années 1760 - 1770, que se forme le concept moderne d'un document imposant une «*limite constitutionnelle*» aux pouvoirs et aux actions du Parlement.

La première trace apparente d'une telle mutation apparaît dans les écrits du juge Otis, auteur notamment d'un ouvrage *Rights of the British Colonies*. En 1761, il affirme qu'une décision du Parlement qui irait à l'encontre de la constitution serait nulle et non avenue, et que c'est le devoir des tribunaux à la Common Law que de le faire savoir. Pour cela, il invoque l'autorité d'un arrêt de Coke stipulant qu' «*il existe des principes de droit et des principes de justice supérieurs contre lesquels ne peuvent aller aucune loi ni décision du Parlement*». Cette affirmation est difficile à concilier avec la pratique politique de l'époque qui donne au Parlement une suprématie décisionnelle absolue. A l'examen, il s'avère que Otis a tout simplement mal interprété une phrase sortie de son contexte. L'arrêt de Coke visait les situations de droit où se posent des problèmes d'interprétation créés par des conflits de lois mal harmonisées entre elles. Dans ce cas, expliquait le célèbre juriste britannique, c'est aux tribunaux de «*redresser*» les décisions parlementaires en tenant compte des grands principes juridiques reconnus. Mais il n'était pas question d'aller plus loin et de reconnaître aux tribunaux un droit de censure sur les décisions du Parlement. C'était quelque chose qui, à l'époque, ne pouvait même pas être conçu.

Mais dès lors qu'on évoque la possibilité d'une telle «*censure*», s'ensuivent une multitude de questions dérivées.

Il faut définir plus concrètement, et de manière plus précise, cette «*constitution*» que les décisions des parlementaires ne peuvent pas violer. On est amené à concevoir qu'il existe des principes juridiques et des règles de droit qui seraient plus fondamentales que d'autres, et leur seraient supérieures parce qu'en quelque sorte «*antérieures*». Mais cela n'a aucun sens dans le cadre du système traditionnel de représentation où le concept de «*constitution*» est conçu comme une manifestation de l'ensemble de l'ordre juridique et institutionnel hérité des coutumes politiques du pays. Par ailleurs, comme le Parlement fait lui-même partie intégrante de cette constitution, et qu'il y exerce, du moins en théorie, concurremment avec ses fonctions législatives, une fonction de tribunal suprême, il est difficile d'imaginer que des tribunaux d'un ordre inférieur puissent en annuler les décisions.

Otis s'en sort par une série de contorsions. Seul le pouvoir législatif, reconnaît-il, a le pouvoir d'«*annuler*» des décisions qui seraient en contradiction avec l'ensemble de lois, de principes et d'institutions qui forment la constitution du pays. Mais, ajoute-t-il, c'est le rôle

des tribunaux que de formuler leurs décisions de manière à éveiller l'attention du Parlement sur les lois qu'il lui conviendrait, en toute raison et justice, d'abroger en raison de leur non conformité au système de droit du pays.

L'essentiel est sauf. Mais en se livrant à une telle gymnastique Otis a lancé un débat qui en quelques années débouche sur des solutions politiques que personne n'aurait pu prévoir. L'idée que le Parlement peut se tromper, mais que s'il se trompe il saura nécessairement se corriger, est belle, mais elle correspond déjà à un anachronisme sérieusement dépassé. Dans les faits, sinon en théorie le Parlement anglais a perdu toutes les vertus d'une autorité judiciaire suprême, cependant que ses fonctions politiques s'hypertrophiaient au fur et à mesure qu'il se transformait en une sorte d'autocrate collectif. D'où l'accusation qui est lancée à l'opinion la plus «radicale» des colonies de s'aplatir devant l'absolutisme et l'arbitraire.

En 1768, Samuel Adams écrit à la Chambre des représentants du Massachussets que *«la constitution ne peut qu'être un document fixe dont toute institution politique - qu'il s'agisse du pouvoir législatif suprême aussi bien que de l'exécutif - tire obligatoirement son autorité»*. A la même époque, William Hicks de Philadelphie fait remarquer qu'il voit mal comment on pourrait s'autoriser d'aucun principe pour limiter le pouvoir de décision de l'Etat Si, simultanément, on continue à considérer que les lois et décisions législatives font partie de la constitution pour la simple raison qu'elles ont été promulguées par l'Etat. *«Il n'y a, explique-t-il, rien de sacro-saint dans les formes de gouvernement que nous avons héritées du passé ; il s'agit de simples pratiques contingentes dont les défauts et insuffisances sont, le cas échéant, à corriger par comparaison avec un modèle idéal»*.

Le mot essentiel est lâché. Pour la première fois l'opinion se met à faire une nette différence entre les concepts de constitution et d'Etat : *«C'est, écrit Zubly en 1769, le Parlement qui tire ses pouvoirs de la constitution, et non l'inverse»*. *«La constitution, continue-t-il, est un document permanent et définitif que le Parlement ne peut pas plus changer que faire de lois entrant en conflit avec elle, ou portant atteintes aux privilèges et libertés des sujets britanniques. Le pouvoir du Parlement, et celui de chacune de ses branches, s'arrête aux limites qui lui sont assignées par la constitution»*.

C'est ainsi, aux alentours des années 1770, que se forme l'acception moderne de la notion de constitution. En 1776, l'année de la déclaration d'indépendance, un auteur anonyme en donne la définition suivante :

«Il est fréquent que les gens confondent les notions de constitution et de forme de gouvernement alors qu'il s'agit de choses parfaitement distinctes et répondant à des fonctions différentes. Toutes les nations ont un gouvernement. Mais il en est peu, en revanche, qui aient une véritable constitution. Le rôle d'une constitution est de poser les limites que le pouvoir d'Etat ne peut pas dépasser. Pour qu'elle puisse remplir ce rôle, il est indispensable que la constitution s'enracine dans une légitimité plus forte que celle de faire de simples lois. Elle ne peut bénéficier de cette autorité que si elle est le produit d'un acte de tous, et si elle se matérialise dans l'expression d'une charte écrite affirmant sa permanence».

Ainsi conçue, la constitution décrit cette *«part de liberté que chacun doit sacrifier pour répondre à la nécessité de bénéficier d'une protection publique ; mais à la condition que la manière dont sont désignés les dirigeants, la durée de leurs mandats, les grandes lignes de leurs pouvoirs soient elles-mêmes inscrites dans ce document.»*.

Ce sont les mêmes idées que l'on retrouve, dans un autre écrit, publié la même année à Philadelphie, mais avec une description plus précise et minutieuse des procédures qui doivent être observée pour la rédaction et la promulgation de tels documents : les constitutions doivent être élaborées par des conventions de délégués du peuple expressément désignés pour cette tâche ; elles ne seront jamais modifiées, altérées ou changées, autrement que par recours à des procédures de pouvoir et de délibération identiques à celles qui ont servi la première fois. Le constitutionnalisme moderne est né.

Comment le refus de l'absolutisme du Parlement anglais fait glisser les colons américains du droit naturel aux droits naturels.

L'affirmation de droits individuels inaliénables, propres à toute forme d'humanité, n'est pas une nouveauté, même au dix huitième siècle. C'est une notion qui existe déjà depuis

longtemps qui est comprise par tous et fait partie de la «*constitution*» anglaise - mais dans le cadre d'un contexte philosophique et d'une conception du droit différents de notre manière contemporaine de voir.

Pour les Anglais du 18^{ème} siècle, ces «*droits et libertés*» font partie intégrante de la Common Law, au même titre que les lois, les chartes, les privilèges et les institutions politiques et juridiques qui déterminent ensemble la constitution du royaume et de l'empire. C'est la Common Law, avec toutes ses procédures et traditions, qui donne aux droits des individus leur matérialisation concrète et les protège grâce à sa mécanique complexe. Mais alors raisonne un juge de Rhode Island, Martin Howard, en 1765, que va-t-il advenir de ces droits et libertés si ce dispositif protecteur - la constitution - est «*dissocié*» du bras séculier de l'Etat, et si on se met à y voir plus une sorte de modèle «*idéal*» plutôt qu'un arrangement concret et vivant d'institutions et d'actes juridiques ? Est-il cohérent de se réclamer de l'héritage de la Common Law et en même temps d'en conserver certains rouages tout en en rejetant d'autres ? Ce comportement arbitraire ne risque-t-il pas de nuire en définitive à la protection même des libertés dont l'appareil de la Common Law était la garantie ?

La question est loin d'être idiote. James Otis y réplique en reprochant au juge de faire un amalgame entre droits individuels, droits des personnes, privilèges et libertés, notions qui ne relèvent pas de la même logique devant la Common Law. Si les privilèges et libertés des personnes «*morales*» (les corporations par exemple, les compagnies marchandes), explique-t-il, relèvent de la simple faveur du donneur et sont donc une création dont la protection dépend des rouages de la justice coutumière les Anglais, eux, jouissent en revanche de «*droits personnels naturels et absolus*» par la seule vertu des lois de Dieu et de la nature, protégés par la Common Law et la constitution simplement parce que celles-ci sont «*si admirablement construites sur les principes des premières* ».

En fait, Otis ne répond pas vraiment aux objections de son interlocuteur. Mais la renommée et l'audience de ses écrits ont pour conséquence de focaliser de plus en plus la discussion politique et constitutionnelle sur le caractère universel et imprescriptible des «*droits de l'homme*». Un avocat de Pennsylvanie, John Dickinson, dénonce radicalement l'idée que les droits personnels puissent être une question «*de faveur et de grâce*». Acclamé par les députés de la colonie, il affirme que les libertés de ses concitoyens sont fondées sur

«la reconnaissance des droits liés aux caractéristiques fondamentales et propres à la nature humaine». La valeur d'une charte telle que celle qui organise la vie des Pennsylvaniens, y remarque-t-il, vient de ce qu'elle reconnaît sans ambiguïté la véritable nature des libertés individuelles, indépendamment de toute référence archaïque aux rouages complexes des systèmes coutumiers anciens. En 1765, il écrit qu'une Charte est une «déclaration» qui affirme des droits et non la matérialisation d'un «don». Les grandes lois écrites - comme la Magna Carta, explique-t-il, «ne créent aucune liberté ; elles doivent être considérées seulement comme une affirmation déclaratoire de nos droits».

La logique du raisonnement est de conduire au point où ne seront reconnues comme légitimes que les lois positives et les mesures légales qui se conforment aux exigences universelles des «droits naturels». Ce point sera atteint en 1775 lorsque Alexander Hamilton déclare pompeusement : « Ce n'est pas dans les parchemins jaunis de nos greniers que l'on découvrira les droits sacrés de l'humanité ; ceux-ci sont comme inscrits de manière indélébile dans tout le registre de la nature humaine, par la main même du Créateur, et ne pourront jamais en être effacés par la main d'un simple mortel ». Pour les Américains de l'époque, il n'est pas question de répudier l'héritage juridique anglais. Bien au contraire. Leur seule préoccupation est de faire reconnaître que, selon les propres termes de Jefferson, «la source de nos droits se trouve dans les lois de la nature, et non dans les faveurs du Lord Chancelier» ; et qu'en conséquence ce qui importe en matière de libertés, c'est l'idéal par rapport auquel se mesure l'état réel et actuel des droits.

Mais quel est cet «idéal» ? Que faut-il y mettre ? Quels sont ces «droits de l'homme» qui y figurent ? La Vie, la Liberté, la Propriété sans doute, mais en quel sens en particulier ? Ne faut-il pas en donner une définition précise, ferme et définitive ? Peut-on réduire toute la richesse et toute la sagesse accumulées par des siècles de tradition et d'expérience juridique au simple énuméré d'une déclaration nécessairement trop brève et trop sèche ? A l'inverse, n'est-il pas impératif de spécifier dans un code rigoureux ce que sont les droits principaux de l'homme si on veut que ceux-ci servent de contrainte effective à l'action des hommes de l'Etat ?

C'est Arthur Lee qui, en 1768, prend le premier l'initiative de convier ses concitoyens à rédiger une «déclaration des droits». Un an plus tard, l'idée est reprise par Andrew Eliot.

Lorsque, sept ans plus tard, les leaders de la Révolution passeront aux actes, l'idée est tellement entrée dans les esprits que personne ne songera y faire la moindre objection.

Comment la tradition de la *Rule of Law* anglaise conduit à la Déclaration des droits.

Cette évolution implique une révolution mentale. Pourtant, à l'époque, elle passe presque inaperçue des contemporains pour des raisons, là encore, liées aux particularités de la vie et de l'environnement colonial. Même si l'idée d'une constitution écrite est alors totalement étrangère à la logique du droit coutumier anglais, en réalité les colonies d'Amérique connaissent pratiquement depuis le début de leur existence de tels documents, ou leur équivalent. A l'origine, ces «*charters*» avaient une finalité principalement commerciale. Il s'agissait d'actes royaux autorisant l'établissement d'une colonie, de la même manière que la fondation d'une compagnie marchande était soumise à la reconnaissance d'une charte royale, accompagnée de l'attribution de «*privilèges*» particuliers. Mais, compte tenu des circonstances (l'éloignement, l'isolement, l'afflux des colons), l'habitude s'est rapidement prise d'en faire de véritables instruments de gouvernement local. C'est par exemple ce qui s'est passé dans celles des colonies dont l'histoire a commencé sous la forme quasiment féodale d'une concession personnelle de terres à des individus entreprenants acceptant les risques de l'aventure et de la découverte. L'histoire la plus connue est celle de William Penn qui consacra son existence à organiser la vie de ses Quakers dans le cadre de sortes de constitutions privées, inspirées par ce qu'il y avait de plus moderne dans la littérature politique de son temps.

Le temps passant, ces chartes écrites deviennent le dépositaire des privilèges et «*libertés*» autour desquels s'est fondée la colonie. Elles sont la mémoire du contrat initial passé entre le souverain (qui, dans le droit anglais, est le «*propriétaire*» de toutes les terres) et les premiers colons. Elles sont la garantie de leurs «*droits*» et de ceux de leurs descendants face aux tentations possibles d'abus du pouvoir. A ce titre, elles prennent de plus en plus le caractère d'une loi transcendante qui, au nom du «*contrat*» initialement conclu entre les fondateurs et la couronne, définit les formes du gouvernement civil et des

différents pouvoirs, détermine leur principe, les limites du domaine de l'autorité royale, ainsi que les droits, privilèges et libertés partagés par les différentes classes de la population.

Dans ces conditions, le passage de «*quasi-constitutions écrites*», à d'authentiques constitutions, au sens moderne du terme, se fera tout naturellement, sans que cela pose aucun problème - sinon celui d'explicitier de manière plus formelle le contenu et la signification de telles institutions.

Il en va de même de la «*déclaration des droits*». L'extraction progressive de droits abstraits à partir des pratiques concrètes et circonstanciées de précédents coutumiers n'était pas, pour les Américains, une chose réellement nouvelle. Il s'agissait même, pourrait-on dire, d'une pratique qui leur était souvent devenue familière avant même que le concept n'émerge de manière théorique au niveau de la pensée politique.

Isolés loin de la civilisation, manquant le plus souvent d'expertise juridique, et tout simplement de juges professionnels, les premiers colons ressentirent dès le début le besoin de se doter d'instruments commodes permettant de faire respecter la loi, et donc d'abord d'en formuler les contours essentiels (par exemple en dressant tout simplement la liste de ce qui est permis ou de ce qui ne l'est pas). C'est ainsi que dès 1636, les Pèlerins du Mayflower dressent une sorte de code dont l'apparence ressemble à s'y méprendre à une déclaration fruste et élémentaire des droits. De même, deux décades plus tard, les Puritains élaborent un abrégé censé leur rappeler l'essentiel des lois et des droits des Anglais. Ce document jouera un rôle très influent dans le développement des colonies de la Nouvelle Angleterre.

En 1683, l'Assemblée Générale des habitants de New York vote une «*charte des libertés et privilèges*» qui doit servir de constitution à la colonie, mais s'accompagne aussi d'une énumération des droits individuels exprimés sous la forme négative d'interdictions catégoriques à l'encontre de ce que peut faire le gouvernement : nul ne pourra faire l'objet d'arrestations et d'emprisonnements arbitraires ; nul ne pourra être soumis à l'imposition forcée, à la loi martiale, à l'obligation de nourrir des forces armées en temps de paix, au paiement de taxes féodales, à des limitations arbitraires de son droit de propriété, à un jugement sans jury, etc...

Là encore, l'un des documents les plus remarquables de l'époque est celui conçu par William Penn pour la province du West New Jersey, en 1677. Il s'agit d'assurer la distribution des terres (et donc la garantie des propriétés), mais aussi l'organisation du gouvernement, ainsi que la description dans le détail le plus grand possible de ce que sont «*les lois communes ou les droits et privilèges fondamentaux*» des habitants. L'objectif, y est-il spécifié, est de conserver autant que possible intactes dans le Nouveau Monde toutes les libertés qui résultent des lois fondamentales du peuple anglais.

Ces documents écrits n'ont rien à voir avec ce que seront, à la fin du dix huitième siècle, les déclarations modernes des droits individuels. Elles ne prétendent pas décrire, ni définir des droits personnels abstraits dont l'antériorité logique s'imposerait tant aux juges qu'au législateur. Elles ne visaient qu'à apporter aux colons une compilation aussi simple et pratique que possible de l'essentiel de ce qui faisait le droit anglais de leur époque.

Mais la contrainte d'écriture a sa logique propre qui fait que peu à peu, dans leur effort pour extraire l'essentiel des complexités du droit coutumier, leur rédaction s'est fixée dans une forme définitive très proche du langage qui sera utilisé au moment de la Déclaration d'Indépendance, mais dans un contexte intellectuel différent.

Le peuplement progressif des établissements coloniaux leur développement économique, l'installation d'une justice professionnelle, feront qu'au dix huitième siècle ces «*recollections*» des droits tomberont quelque peu en désuétude. Mais leur souvenir restera vivant dans la mémoire des révolutionnaires qui, le moment venu, pour s'opposer aux prétentions absolutistes du Parlement anglais, n'auront en quelque sorte qu'à les réactiver.

Comment, partis des mêmes conceptions, les conventionnels américains et les constituants français ont abouti à des institutions opposées.

Comparons maintenant la conception que se faisaient de la démocratie les constituants français de 1789 avec celle des conventionnels américains de 1778. Les uns et les autres partent d'un fonds d'idées communes que l'on peut résumer ainsi : les membres d'une même communauté politique passent entre eux un « *pacte social* » qui s'exprime dans une

« *constitution écrite* » dont le but est de protéger de toute la force du corps social un « *certain nombre de droits individuels et de libertés publiques* » que les Anglais considéraient comme des droits historiques, les continentaux comme des droits naturels, et les Américains comme des droits naturels et providentiels.

Partant de ces mêmes principes, conventionnels américains et constituants français en tirent des conséquences fort différentes ; qui aboutissent chez les premiers, à la supériorité de la constitution sur les pouvoirs qu'elle constitue, au contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, à l'équilibre des pouvoirs ; qui aboutissent, chez les seconds, à l'omnipotence du pouvoir législatif, au rejet du contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois, au gouvernement d'assemblée.

Voici comment raisonnent les légistes américains. Pour eux, la volonté populaire s'exprime originellement dans une constitution écrite qui est l'expression juridique du pacte social. La constitution crée des pouvoirs constitués, délégués, commis qui ne peuvent s'exercer que dans les limites de leur procuration et en tant que tels, sont subordonnés à la constitution. Il en résulte les conséquences suivantes :

1/ « *La loi constitutionnelle est la loi souveraine* ». Il n'y a rien au-dessus d'elle. Aucun des trois pouvoirs constitués ne peut prétendre accaparer à lui seul la souveraineté.

2/ « *Il faut une instance supérieure pour veiller à ce que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif ne sortent pas des limites de leur procuration* ». Cette instance ne peut être que le pouvoir des juges car c'est à eux qu'il revient de juger de la conformité d'un acte à une règle, de la conformité des lois votées par le Congrès américain et des actes de l'administration avec la Constitution.

3/ C'est grâce au contrôle de la constitutionnalité des lois par les tribunaux que la division et la pondération des pouvoirs peuvent être maintenus.

Les constituants français raisonnent tout autrement. Ils considèrent que la souveraineté populaire se transfère, par l'acte de l'élection, à une ou deux assemblées élues, dont les votes majoritaires expriment la volonté du peuple qui n'admet rien au-dessus d'elle. Il en résulte :

1/ «*Que la loi votée par les législatures est souveraine*».

2/ Que rien ne pouvant lui être opposé, «*tout contrôle juridictionnel de la constitutionnalité interne des lois est exclu*».

3/ «*Que le pouvoir législatif et le pouvoir judiciaire sont subordonnés au pouvoir législatif*», le pouvoir exécutif n'étant qu'un gouvernement d'assemblée, sauf au cas où il reçoit une délégation de pouvoir qui peut aller jusqu'à la dictature plébiscitaire.

Louis Rougier donnait à la conception américaine le nom de «*souveraineté de la constitution*» et à la conception française le nom «*d'omnipotence du Parlement*».

Comment la démocratie a pris en France un mauvais départ.

Pour comprendre comment, en partant d'idées communes, conventionnels américains et constituants français sont arrivés à des conséquences si dissemblables, il faut se reporter à l'origine de la Révolution Française. Lorsque Louis XVI réunit les états généraux, les députés arrivèrent à Versailles munis de leurs cahiers exprimant des instructions de leurs électeurs dont ils se considéraient comme de simples mandataires. Le 17 juin 1789, ils se transforment en «*Assemblée Nationale*» parce qu'ils ont été chargés d'exprimer les vœux de la nation. Le 9 Juillet, ils se proclament «*Assemblée Nationale Constituante*» parce que, parmi ces vœux, figure celui de donner une constitution au royaume. A ce moment, ils se réclament de l'exemple des conventions américaines chargées, après la Déclaration d'Indépendance, de donner des constitutions aux treize colonies anglaises émancipées, puis une constitution fédérale à l'Union de ces nouveaux Etats.

Toutefois, le pouvoir des conventions américaines est strictement limité. Elles se bornent à proposer une organisation des pouvoirs qu'elles se gardent bien d'exercer elles-mêmes. Elles ne sont pas souveraines car les constitutions, qu'elles promulguent, doivent être soumises à l'approbation populaire libre de les accepter ou de les rejeter. Quand le peuple souverain a ratifié la constitution proposée, celle-là devient la loi fondamentale. Elle lie les citoyens et les pouvoirs constitués qui ne peuvent s'exercer que dans les limites de leur procuration.

Les choses vont se passer différemment en France. Les circonstances vont faire de la constituante, à la différence des conventions américaines, une assemblée souveraine qui exerce concurremment le pouvoir législatif et le pouvoir constituant. Sous la législative, par suite de la suspension du Roi, l'assemblée y ajoutera le pouvoir exécutif. La Convention, qui lui fait suite, en y joignant le pouvoir judiciaire avec le tribunal révolutionnaire, finira par exercer tous les pouvoirs.

L'Assemblée Nationale s'est érigée en constituante en vertu des vœux exprimés dans les cahiers des députés. Cela fait, elle constate, en consultant ces mêmes cahiers, qu'elle se trouve en présence d'instructions divergentes et souvent contradictoires lorsqu'il s'agit de savoir quelle constitution donner au Royaume. Devant l'impossibilité de concilier ces instructions, elle décide alors de n'en plus tenir compte.

Ce qui revient à dire qu'elle dénie aux électeurs le «*droit de donner des mandats impératifs*» à leurs élus. La seule fonction des électeurs est ramenée à un acte de confiance consistant dans le choix des députés. Ceux-ci sont déliés de toute obligation à l'endroit de leurs mandants. Ils se substituent, en quelque sorte, à eux.

Dès lors que le député de la nation n'a pas de consignes à recevoir de ses électeurs, il n'a pas, non plus, de comptes à lui rendre.

Le 30 août 1791, au moment où l'on achevait de réviser le texte définitif de la Constitution, un modéré, Malouet proposa de le soumettre à la ratification de la nation. Ce fut un tollé général. L'Assemblée s'y refusa. Le texte fut présenté au roi aux fins d'approbation et de serment, sans qu'intervint aucune consultation populaire. En se considérant comme déliés des instructions de leurs mandants, les constituants français ont transformé la représentation du peuple souverain en une représentations souveraine du peuple. Il y a transfert de la souveraineté, du peuple qui en est le titulaire nominal à l'Assemblée Nationale qui en est titulaire effectif. Le Peuple est en fait dépossédé de sa souveraineté au bénéfice de ses représentants.

Comment la conception française de la démocratie aboutit à l'omnipotence du pouvoir législatif.

Le 10 août 1789, un constituant, Roederer, s'exprime ainsi «*les députés du corps législatif sont, non seulement les représentants du peuple, mais encore les représentants des pouvoirs du peuple, pour exercer un pouvoir représentatif par conséquence égal à celui du peuple, tandis que les administrateurs ne sont représentants du peuple que pour exercer un pouvoir commis, un pouvoir subdélégué et subordonné*». Le corps législatif n'est donc pas un «*pouvoir commis*» comme le Congrès américain. C'est un «*pouvoir souverain*» qui exprime la volonté générale et, comme tel, qui ne peut rien admettre au-dessus de lui ni droit naturel, ni droit coutumier, ni droit constitutionnel qui lierait sa volonté.

Telle est l'origine de «*l'omnipotence parlementaire*». Par une fiction audacieuse, le Parlement se donne pour le peuple lui-même assemblé ; ce sont donc les lois du peuple ; c'est le gouvernement du peuple ; c'est la magistrature du peuple ; il lui appartient ainsi de légiférer et de gouverner et de n'être arrêté par aucun corps. Incarnation de l'intérêt total, aucune loi ne peut l'arrêter puisqu'il est l'unique auteur des lois. L'école du droit naturel -dont presque tous les constituants étaient disciples, autant que Rousseau- pensait que l'homme n'avait de sûreté que dans une société où les gouvernants sont soumis à «*la suprématie des lois*». Il fallait donc qu'un corps distinct légifère. Mais de la souveraineté de la loi, l'imperium selon l'analyse de Bertrand de Jouvenel, on est passé à la souveraineté du législateur.

Comment l'omnipotence du pouvoir législatif entraîne le refus du contrôle de la constitutionnalité des lois.

Une première conséquence de l'omnipotence du pouvoir législatif c'est le refus d'admettre le recours des citoyens contre les excès du pouvoir législatif, sous la forme du contrôle par les tribunaux de la constitutionnalité des lois. Les constituants français ont

rédigé une «*Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen*» afin que le pouvoir législatif et le pouvoir exécutif soient contenus par le respect de ces droits naturels et imprescriptibles. C'est ce qu'affirme le titre 1 de la Constitution du 3 septembre 1791 «*le pouvoir législatif ne pourra faire aucune loi qui porte atteinte et mette obstacle à l'exercice des droits naturels et civils consignés dans le présent titre et garantis par la Constitution*». Il en va de même dans la Constitution girondine des 15 et 16 février 1793 et dans la Constitution montagnarde du 24 juin 1793. Malheureusement, aucune des trois constitutions révolutionnaires ne dit à quel organe sera dévolu le contrôle de la constitutionnalité des lois.

Il y a là une grave lacune qu'ont dénoncée, à la barre des assemblées, plusieurs orateurs de la Révolution. Nul ne le fit avec plus de pertinence que Buzot, sous la Constituante, à la séance du 8 août 1791 : «*il ne suffit pas de dire, comme il est dit dans ce titre, que la Constitution garantit les droits civils et naturels, il faut que l'on connaisse comment elle les garantit. Je n'ai point trouvé, moi, qu'en promettant à chaque citoyen de lui garantir ses droits civils et naturels, vous les lui garantissiez. En effet, vous rapportez tout à la loi ; mais les droits civils ne sont pas garantis contre les atteintes du corps législatif lui-même*».

Kersaint, sous la Législative, propose de créer un «*corps de censeurs*». Héroult de Séchelle, sous la convention, demande de constituer un «*Grand Jury national*», «*institué pour garantir les citoyens contre l'oppression du pouvoir législatif et du pouvoir exécutif et auquel aurait le droit de recourir tout citoyen opprimé par un ordre particulier*». Siéyès, devant les constitutionnels en train d'élaborer la Constitution de l'an III, s'étonne qu'on n'ait pas songé à établir jusqu'ici un gardien de la constitution.

Or, à chaque fois qu'un orateur, sous la Révolution, demande de créer une instance pour contrôler la constitutionnalité des lois, sa proposition est écartée par une sorte d'objection préalable une telle instance serait supérieure au corps législatif, unique organe par lequel s'exprime la volonté nationale qui est souveraine. Une telle instance serait donc contraire au principe de la souveraineté nationale, disent les constituants, au principe de la souveraineté populaire, disent les conventionnels. La proposition de Héroult de Séchelle d'un Grand Jury national est écartée, le 16 juin 1793 sur l'observation que, «*le législateur*

exerçant sa souveraineté, il serait ridicule de vouloir élever à côté une autorité supérieure». Le jury constitutionnel de Siéyès suscite ce cri d'indignation de Thibaudeau, le 24 Thermidor an III.

«Ce pouvoir monstrueux serait tout dans l'Etat et, en voulant donner un gardien aux pouvoirs publics, on leur donnerait un maître qui les enchaînerait pour les garder plus facile ment». Toujours on bute contre le dogme de la souveraineté du Corps législatif, seul qualifié pour exprimer la volonté populaire qui n'admet rien au-dessus d'elle.

Ainsi la répugnance invincible de la démocratie en France à instituer un véritable contrôle de la constitutionnalité des lois se manifeste chaque fois que le législateur a la velléité d'en établir le simulacre. Cela s'est encore produit récemment, lors de l'établissement de la constitution de la IVème République en 1946, ou même avec la création du Conseil Constitutionnel sous la Vème.

La Constitution de 1946 a créé un Comité Constitutionnel, mais ses attributions furent des plus restreintes.

Il n'avait qualité que pour juger des lois qui nécessiteraient une révision de l'organisation des pouvoirs. Le Préambule de la Constitution, où sont énumérés les droits civils, économiques et sociaux des individus, était soustrait à sa compétence. Il s'en suivait deux conséquences. La première a été formulée en ces termes par le professeur George Vedel : *«Cette restriction est très importante, car elle interdit en principe tout contrôle de constitutionnalité fondé sur la violation par le législateur des droits individuels ou de ceux des groupes sociaux*». La seconde conséquence a été dégagée par Emile Ripert : *«Le Comité a d'ailleurs de biens faibles pouvoirs, car son rôle se borne à déclarer que la loi est contraire à la Constitution auquel cas, si l'Assemblée vote le texte une seconde fois, il y aura lieu de réviser la Constitution. On est donc arrivé à ce résultat paradoxal d'affirmer la supériorité de la loi sur la Constitution !*».

Même chose pour le Conseil Constitutionnel de la Vème République. Jusqu'aux décisions fondamentale de 1971 et de 1974 (qui ont rétabli en France un processus de constitutionnalisation du droit et de juridification de la Constitution, et donc l'abolition de principe de l'absolutisme de la loi), celui-ci est essentiellement conçu comme un instrument

de solution des contentieux électoraux. C'est en réalité un corps politique, nommé par le Pouvoir Politique, qui ne peut être saisi que par lui, par conséquent par les auteurs des actes litigieux qu'il aurait à connaître. En interprétant les droits du Parlement dans le sens le plus restrictif, en ignorant une série de violations de la Constitution par le Pouvoir, il a été jusqu'à la Réforme voulue par Valéry Giscard d'Estaing en 1974 un auxiliaire précieux du Pouvoir pour restreindre les garanties publiques.

<p>Comment l'omnipotence du Parlement conduit à la subordination du pouvoir judiciaire en France.</p>
--

Le refus de tout contrôle de la constitutionnalité interne des lois a amené en France l'effacement du pouvoir judiciaire et un affaiblissement durable de la règle de droit. Tout découle de ce nouveau principe : les juges appliquent les lois ; ils ne sont pas juges de leur constitutionnalité interne. Moment capital pour comprendre la place du droit dans la France moderne, alors que la Révolution anglaise de 1688 voit à la fois le triomphe du parlementarisme et celui du pouvoir judiciaire indépendant, avec une délimitation précise des pouvoirs par le *Bill of Rights*. En Angleterre, le droit et la justice sont fondamentalement indépendants de l'Etat. Par ailleurs, dans la mesure où la nomination et l'avancement des magistrats en France dépendent du gouvernement, on ne peut que faire sienne cette constatation d'Emile Faguet : *«la subordination de la magistrature au gouvernement est une des conquêtes de la Révolution. En même temps qu'elle proclamait les droits de l'homme, elle supprimait le dépositaire et en paralysait le défenseur»*. Le corps judiciaire devient l'autre *«grande muette»* de la République. Il s'agit d'une régression délibérée : persuadée avec Rousseau que l'Age d'Or est un âge sans lois et sans juges, la Révolution décide, en effet, la déjudiciarisation de la France. Jean Carbonnier désigne par le terme nomogonie cette espèce de détournement juridique. Mais son effet est aussi de rendre possible l'étatisation du droit. Le droit, par le biais de la souveraineté absolue de la volonté générale déléguée et par l'instrument de la codification, devient une émanation de l'Etat et la Justice, service public, lui est intégrée. Cette conception du droit qui prévaut en France depuis 1790 en fait *«un instrument de la tutelle de l'Etat sur la société civile»*.

En effet, dès le 8 janvier 1790, l'Assemblée lançait une instruction aux termes de laquelle tout acte des tribunaux et des cours de Justice, tendant à contrarier ou suspendre le mouvement de l'administration, devait demeurer sans effet et ne pas arrêter le Corps administratif. Le 14 mars de la même année, les constituants applaudissent Thouret faisant au pouvoir judiciaire ce reproche : *«Rival du pouvoir administratif il en trouble les opérations, en arrête le mouvement et en inquiète les agents»*. La loi sur l'organisation judiciaire des 16-24 août 1790, titre II, article 2, les dessaisit des affaires intéressant l'Etat en disposant : *«les tribunaux ne pourront prendre ni directement, ni indirectement, aucune part à l'exercice du Corps législatif, à peine de forfaiture»*. C'est la loi que l'on retrouve sous l'article 127 du Code pénal de 1810 qui est toujours en vigueur. Et pour désarmer le pouvoir juridique face au pouvoir politique, il est interdit aux tribunaux judiciaires, par l'article 5 du Code civil, de rendre des *«arrêts de règlements»*. Ce qui est visé par ces textes est la rivalité du juridique et du politique sous l'Ancien Régime avec la limitation de l'absolutisme ministériel par le droit de remontrance des Parlements sur le fondement des *«lois fondamentales du royaume »*.

La mission des tribunaux d'appliquer la loi est donc conçue de la façon la plus restrictive. La Constitution de 1791 n'accorde pas même au tribunal de cassation le droit d'interpréter la loi ; en cas de désaccord persistant sur la signification de la loi, c'est le Corps législatif qui rend un décret déclaratoire de la loi auquel le tribunal de cassation est tenu de se conformer. A plus forte raison, les législateurs de cette époque n'avaient-ils pu envisager de conférer aux tribunaux le pouvoir de contrôler la validité des lois et d'infirmer les décisions du pouvoir législatif. Sieyès, qui a vu le problème de la garantie à donner à la Déclaration des droits de l'Individu, exorcise l'idée de la confier aux tribunaux . *«Qu'allez vous nommer pour recevoir les plaintes contre les infractions à la Constitution ? La magistrature vous paraîtrait-elle pouvoir remplir une si haute mission ? Pensez au sage décret par lequel vous avez interdit aux juges de citer devant eux les administrateurs pour raison de leurs fonctions ; à plus forte raison, vous ne leur accorderez pas la puissance de citer devant eux les premiers corps politiques de l'Etat»*.

C'est bien cependant ce que nous montre le système américain : un pouvoir judiciaire fort et une stricte séparation et articulation des pouvoirs. L'antinomie des deux systèmes aujourd'hui - une autorité judiciaire sans influence sur les préoccupations majeures de la vie

nationale en France, et aux Etats-Unis un pouvoir judiciaire capable de faire prévaloir le droit sur tous les pouvoirs - a pour origine le rôle différent assigné au judiciaire et au droit des deux côtés de l'Atlantique. C'est sur le terrain du contrôle de la constitutionnalité des lois que se voit la différence du statut du juridique alors qu'il faudra attendre 1974 pour que le contrôle soit exercé par une juridiction politique spécialisée, dont la saisine demeure fermée au citoyen. C'est en 1803, par la célèbre décision *Marbury v. Madison*, que la Cour suprême des Etats-Unis affirme le pouvoir des tribunaux judiciaires fédéraux de contrôler la constitutionnalité des lois américaines. Le judiciaire américain incarne ainsi la permanence du droit parce que la loi pour les Américains est l'émanation du droit quasi intangible, extérieur à l'Etat et s'imposant à lui droit ancré intemporellement sur la Constitution et ses amendements, pacte fondateur, mais non l'expression d'une mythique volonté générale qui prétend incarner une majorité provisoire et être la source du droit. D'où la différence d'un contrôle qui s'exerce en France a priori entre le moment du vote et celui de la promulgation de la loi, au regard des principes généraux, sans débat contradictoire public, sans avocats, et le contrôle a posteriori qui s'exerce aux Etats-Unis, à l'initiative de chaque citoyen, à l'occasion de l'application de la loi à un cas particulier, sans limitation de temps. D'où le prestige considérable de l'institution judiciaire américaine car aux Etats-Unis la volonté générale s'identifie au droit et non au pouvoir politique.

Si le principe de la démocratie est la souveraineté de la volonté populaire, si cette volonté s'exprime par le vote majoritaire de l'Assemblée législative, s'il plaît à la volonté majoritaire des représentants du peuple d'autoriser ou de légitimer après coup un viol de la Constitution par une loi rétroactive, les tribunaux n'auront qu'à observer si les formes dans lesquelles la loi doit être votée ont été respectées ; auquel cas, ils n'ont qu'à appliquer la loi.

Comment le droit sacré à l'insurrection a remplacé en France le contrôle de la constitutionnalité interne des lois.

Le contrôle juridictionnel de la constitutionnalité des lois étant repoussé, qu'advient-il si un gouvernement viole délibérément les droits de l'homme et les libertés

fondamentales, puisque aucune garantie constitutionnelle n'a été prévue ? Les législateurs de la Révolution ne voient d'autre moyen que l'insurrection populaire.

La Déclaration des Droits de l'Homme et du Citoyen reconnaît dans son article 2, au nombre des droits naturels et imprescriptibles, *«la résistance à l'oppression»*. La Constitution girondine, qui ne fut pas appliquée, définit ainsi les cas où il y a oppression : *«Il y a oppression, lorsqu'une loi viole les droits naturels, civils et politiques qu'elle doit garantir. Il y a oppression, lorsque la loi est violée par des fonctionnaires publics dans son application à des faits particuliers. Il y a oppression, lorsque des actes arbitraires violent les droits des citoyens contre l'expression de la loi. Dans tout gouvernement libre, le mode de résistance à ces différents actes d'oppression doit être réglé par la Constitution»*. Or la Constitution de 1793 n'entrevoit d'autre procédure que l'insurrection (articles 33 et 35) : *«La résistance à l'oppression est la conséquence des autres droits de l'homme. Quand le gouvernement viole les droits du peuple, l'insurrection est pour le peuple et pour chaque portion du peuple le plus sacré des droits et le plus indispensable des devoirs»*.

Voilà les textes qui ont fondé la tradition insurrectionnelle de la France. Quand il y a oppression, les grands ancêtres considèrent que c'est un devoir sacré pour le peuple et pour chaque portion du peuple de renverser le gouvernement. Cette tradition insurrectionnelle dans l'histoire politique de la France depuis la Révolution est en quelque sorte statutaire comme en témoignent le 14 juillet et les 5 et 6 octobre 1789, le 10 août 1792, le 31 mai et le 2 juin 1793, les Journées de Prairial et de Vendémiaire en 1795, le coup d'Etat de Fructidor, le 18 Brumaire, le coup d'Etat du général Malet (1812), les Trois Glorieuses, les Journées de février et de juin 1848, le 2 décembre, le 4 septembre, la Commune de Paris, le 6 février 1934, le 13 mai 1958, les barricades de janvier 1960 en Algérie, le putsch du 22 avril 1961. Comme l'écrivait le Times *«La notion de liberté évoque dans l'esprit des Français l'idée de rébellion, de désordre dans la rue, de foule hurlante, d'émeute contre la police. Bien que des millions de Français soient morts en luttant soit pour une plus grande liberté, soit contre un excès de liberté, ce qu'ils n'ont pas encore appris c'est à vivre sous un régime de liberté, tout en se sentant en sécurité»*.

Dans les journées insurrectionnelles qui ponctuent d'autant de flaques de sang l'histoire politique de la France depuis 1789, il faut surtout voir une carence du droit public des Français.

Comment démocratie et libéralisme appartiennent en réalité à deux traditions philosophiques et politiques différentes.

Ce qui précède nous dit ce qui est arrivé, nous montre comment s'est passé le «*dérapiage*». Mais cela ne nous dit pas pourquoi. Cela ne nous explique pas pourquoi les façons de penser étaient en définitive si différentes. A quoi les Français et les Américains de la fin du XVIIIème siècle devaient-ils donc la spécificité de leurs gènes intellectuels ?

C'est dans Hayek, nous semble-t-il, que se trouve encore la meilleure réponse, et la plus complète, à la question ainsi posée.

La doctrine politique, dit Hayek, doit répondre à deux questions fort différentes qui ont donné lieu à des traditions distinctes dans l'histoire de la liberté en occident :

1. qui doit détenir le pouvoir politique ?
2. quelles doivent être les limites du pouvoir politique, qui que ce soit qui le détienne ?

La volonté de donner une réponse satisfaisante à la première question a conduit au concept de démocratie. La démocratie est le système institutionnel grâce auquel la question de l'identité des détenteurs du pouvoir est résolue pacifiquement et de manière pluraliste. Grâce à ce système, les gouvernés peuvent changer leurs gouvernants au terme d'une procédure régulière.

L'autre question est d'une tout autre nature, et c'est elle qui débouche sur le libéralisme. Le pouvoir politique a pour légitimité de faire respecter un droit et un sens de la justice qui lui préexistent, sont le fruit d'une longue évolution historique et permettent ce fragile miracle qu'est une coopération humaine efficiente et sans conflit. Il est donc limité par cette justice objective elle-même. Il ne peut changer arbitrairement les règles du jeu.

Le fait qu'il soit non démocratiquement désigné ne change rien au problème.

Hayek développe ainsi l'opposition «*Le libéralisme est une doctrine disant ce que le droit doit être, alors que la démocratie est une doctrine disant de quelle manière doit être déterminé ce que sera le droit.*» Le libéralisme considère comme souhaitable que, seulement ce que la majorité accepte, devienne effectivement la loi, mais il ne croit pas que la règle de la majorité soit elle-même un critère suffisant pour déterminer ce qu'est une loi bonne. Son but est de persuader la majorité d'observer certains principes. Il accepte la règle de la majorité comme méthode de décision, mais non comme une source faisant autorité pour déterminer le contenu même de la décision. Pour le démocrate doctrinaire, au contraire, le fait que la majorité veuille quelque chose est une base suffisante pour considérer cette chose comme bonne ; pour lui, la volonté de la majorité détermine non seulement ce qui est loi (*what is law*), mais ce qu'est une bonne loi (*what is good law*).

Hayek développe à loisir l'idée que les grands penseurs de la démocratie appartiennent à une tradition surtout continentale et française qui a, jusqu'à nos jours, traité avec prédilection les questions relatives à l'équilibre ou partage des pouvoirs et aux rapports de force au sein de l'appareil d'Etat - alors que la tradition libérale de la limitation du pouvoir politique et de l'antériorité du droit sur la législation, tout en remontant aux théoriciens du droit naturel ancien, a été décisivement développée, à l'époque moderne, par les Anglo-saxons.

Le libéralisme est une conception «qui a été développée tout d'abord en Angleterre, depuis l'époque des anciens Whigs dans la seconde partie du XVIIème siècle, jusqu'à celle de Gladstone à la fin du XIXème. David Hume, Adam Smith, Edmund Burke, T.B. Macaulay et Lord Acton peuvent être considérés comme ses représentants types en Angleterre. Ce fut cette conception de la liberté individuelle, sous le règne du droit, (*individual liberty under the law*) qui inspira d'abord les mouvements libéraux sur le continent et qui devint la base de la tradition politique américaine. Un certain nombre de penseurs politiques de ces pays comme B. Constant et A. de Tocqueville en France, Kant, Schiller et von Humboldt en Allemagne, James Madison, John Marshall et Daniel Webster aux Etats-Unis appartiennent pleinement à cette tradition. Mais ce libéralisme doit être clairement distingué d'une autre tradition d'origine continentale, également appelée

«libéralisme» et dont les gens qui se réclament de ce vocable aujourd'hui aux Etats-Unis sont les descendants directs. Cette seconde conception plus tardive, bien qu'elle ait commencé comme une tentative d'imiter la première tradition, l'interpréta dans l'esprit du rationalisme constructiviste dominant en France et en fit donc quelque chose de très différent ; au lieu de défendre l'idée d'une limitation des pouvoirs de l'Etat, elle aboutit à l'idéal des pouvoirs illimités de la majorité. C'est la tradition de Voltaire, de Rousseau, de Condorcet et de la Révolution Française, tradition qui devint la source du socialisme moderne. L'utilitarisme anglais a beaucoup repris de cette tradition continentale et le parti libéral britannique à la fin du XIXème siècle, résultant d'une fusion des Whigs libéraux et des Radicaux utilitaristes, fut aussi un produit de ce mélange.

La notion centrale développée par la tradition continentale et qui la sépare absolument de l'idéal du libéralisme est la notion de souveraineté.

«L'erreur implicite n'est pas de penser que tout pouvoir existant doit être aux mains du peuple, ni que ses aspirations doivent s'exprimer dans des décisions à la majorité ; elle est de croire que cette source du pouvoir doive n'être bornée par rien, en un mot, dans l'idée de souveraineté même». Que signifie en effet cette idée ? Puisqu'il n'existe pas de pouvoir légitime supérieur à celui du peuple, que rien ne peut s'opposer à ce que le peuple décide. Qui l'en empêcherait puisqu'il n'y a aucune volonté au-dessus de lui ?

Ce raisonnement, selon Hayek, est faux. Car une volonté peut être bornée, non par une autre volonté, mais par une réalité d'un autre type, l'opinion - en l'occurrence, l'opinion publique, c'est-à-dire l'attachement du peuple à l'égard de ce qui est bien, normal, convenable, juste. L'Etat ne se conçoit pas sans le consentement et le soutien d'une opinion déjà constituée par une longue expérience collective préalable. Tel est le véritable «*contrat social*» ; c'est un accord intuitif sur des règles communes. Or cette opinion déjà formée est par là même déterminée, et non «*illimitée*». Elle admet que soient posées comme obligatoires (et imposées par la contrainte) les règles de droit qu'elle estime conformes à la justice, adéquates pour la poursuite de la vie, la bonne marche des affaires, la paix publique. Elle ne peut reconnaître comme légitimes des décisions ou actes de volonté qui ne rentreraient pas dans le cadre de ces règles fondamentales de justice, lesquelles, nous le savons, ne sont qu'en faible part conscientes et explicites, mais n'en commandent pas moins

le jugement des gens sur les actes du gouvernement et le comportement qu'ils adopteront à son égard.

C'est en ce sens que «*même le pouvoir constitué le plus élevé peut se trouver limité*». Quand c'est le droit qui est souverain (ce que signifie l'expression *Rule of Law*), ce qui légitime la loi, c'est son contenu : la loi doit être juste. Mais dans les pays où la tradition «*démocratique*» l'a emporté sur l'autre, on croit que tout ce qui émane d'une source qualifiée est juste par là même.

Ce dogme, explique Hayek, est un produit idéologique du constructivisme rationaliste. C'est parce qu'on croit qu'à l'origine de toute institution et de tout ordre social bénéfique il y a une intention délibérée que l'on accorde la première importance, en politique, à la question de la source du pouvoir. L'irrationalisme foncier du constructivisme réside dans le fait qu'il hypostasie sous le concept d'une «*volonté générale*» capable de prendre des décisions concrètes, l'autorité à la fois collective et abstraite de la justice. Cette hypostase donne à un phénomène collectif et spontané une figure anthropomorphique celle d'une volonté, d'une intention ou même d'une conscience, qui pourrait s'exprimer adéquatement par la voix de représentants. On retrouve Rousseau.